



Roj: **SAP M 5897/2023 - ECLI:ES:APM:2023:5897**

Id Cendoj: **28079370282023101197**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **03/04/2023**

Nº de Recurso: **614/2022**

Nº de Resolución: **307/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 1, 26-07-2021 (proc. 1182/2018) ,
SAP M 5897/2023**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0151245

Recurso de Apelación 614/2022

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 01 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1182/2018

APELANTE: BAHIA DE SAN ANTONIO SA

PROCURADOR D. ISIDRO ORQUIN CEDENILLA

LETRADO D. ANTONIO PIPÓ MALGOSA

APELADO: D. Matías y D. Maximino

PROCURADOR Dña. SUSANA HERNANDEZ DEL MURO

LETRADO D. MIGUEL ANGEL MARTINEZ CONDE

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. RAFAEL FUENTES DEVESA

SENTENCIA N° 307/2023

En Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 614/2022, interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2021 dictada en el procedimiento ordinario núm.1182/2018 seguido ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid



Han sido partes en el recurso, como parte apelante BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A y como parte apelada Matías y Maximino , representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados

Es magistrado ponente don Rafael Fuentes Devesa, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A contra Matías y Maximino en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1) Se declare la existencia de responsabilidad de D. Matías y D. Maximino , como consecuencia de la infracción de la LSC y de sus deberes como administradores de BALTANXA.

2) Se condene solidariamente a D. Matías y D. Maximino a indemnizar a BALTANXA por los daños y perjuicios a ella causados, que han sido inicialmente cuantificados en la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS (4.551.876 €) sin perjuicio de la variación que dicha cifra pueda experimentar como resultado de la prueba practicada en el presente procedimiento.

3) Se condene solidariamente a D. Matías y D. Maximino al pago de los intereses que se devenguen desde la fecha de interposición de la presente demanda ex artículos 1.108 y 1.109 del CC , así como los intereses legales que se devenguen con posterioridad a la fecha en que se dicte sentencia ex artículo 576 de la LEC ; y

4) Se imponga a D. Matías y D. Maximino el pago de las costas procesales de la primera instancia.

Subsidiariamente, para el caso de que no se considere solidaria la responsabilidad de D. Matías y D. Maximino a que se refieren los puntos 1 a 4 anteriores, se suplica que se declare y se condene, en los mismos términos de los referidos puntos 1 a 4, como responsable a D. Matías en su condición de administrador firmante del Contrato y originador de los daños a los que se refieren la presente demanda, y subsidiariamente a D. Maximino , administrador único de BALTANXA durante el periodo de tiempo al que se refiere la presente demanda "

SEGUNDO. - Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid dictó sentencia, con fecha 26 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A., contra D. Matías Y D. Maximino sin expresa imposición de costas."

TERCERO. - Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación. Tramitado en forma legal el recurso de apelación y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se ha formado el presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 16 de marzo de 2023.

CUARTO. - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento

1. En la demanda que da lugar a esta litis BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A ejercita contra Matías y Maximino la acción social de responsabilidad de administradores y pide su condena solidaria a indemnizar a BALTANXA SA (en adelante BALTANXA) por los daños y perjuicios a ella causados, que cuantifica en 4.551.876 €, sin perjuicio de la variación que pueda resultar de la prueba, , con sus intereses legales , y subsidiariamente, en caso de no considerarse solidaria la responsabilidad se condene como responsable a Matías , y, subsidiariamente a Maximino

En extracto, expone como antecedentes que en 2010 se firmó por el entonces administrador único y accionista mayoritario Matías un contrato de arrendamiento de la discoteca Privilege - titularidad de BALTANXA - por la que se cedía la gestión y explotación de la misma a una sociedad vinculada a él denominada CAFECER S.L (en lo sucesivo CAFECER), cuya renta anual era sensiblemente inferior a la de mercado. Ejercitada en julio de 2014 una acción social de responsabilidad contra el citado Matías en reclamación de los daños ya efectivamente ocasionados a BALTANXA durante los años 2010-2013 consecuencia del referido contrato , fue estimada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma de Mallorca en sentencia de fecha 31 de julio de 2015, posteriormente confirmada, sustancialmente por la Audiencia Provincial de Palma, que condenó



al demandado a resarcir a BALTANXA en 3.720.592,46 euros por los daños causados; sentencia firme, por haberse inadmitido en julio de 2018 el recurso de casación interpuesto por el demandado

Los daños aquí reclamados son los posteriores a ese proceso, derivados de ese contrato por el periodo 2014 a 2017 en que ha permanecido vigente, y del que considera solidariamente responsables a los demandados : de una parte, Matías , por la firma en 2010 del contrato lesivo, y de otra, Maximino (administrador de la mercantil desde julio de 2013) por (i) su falta de diligencia, al mantener deliberadamente, durante este periodo de tiempo (2014 a 2017), un contrato claramente perjudicial para la sociedad, al contemplar una renta tremendamente inferior a la de mercado, y (ii) por falta de lealtad, al anteponer a los intereses de BALTANXA, los intereses de su padre y de CAFECER (sociedad vinculada a su padre y a su hermana)

2. En su contestación, Matías , en resumen, aduce las siguientes alegaciones defensivas: 1º) excepción de cosa juzgada, ya que la responsabilidad derivada del contrato de 2010 fue dilucidada en el anterior procedimiento seguido ante los juzgados mercantiles de Palma de Mallorca ; 2º) subsidiariamente a la anterior, la preclusión del art. 400 LEC, ya que la actora pudo y debió reclamar también en el anterior procedimiento los daños posteriores a 2013; 3º) subsidiariamente a lo anterior, no acreditación de los daños y perjuicios, al no concurrir los requisitos para apreciar la existencia del lucro cesante reclamado; 4º) mala fe y deslealtad de la reclamación , con invocación del abuso de derecho prohibido en los arts. 7 CC y 11 LOPJ y 5º) vulneración del principio que prohíbe ir contra los propios actos

Por su parte, el otro codemandado Maximino , opone , de forma resumida, lo siguiente: 1º) la lealtad a BALTANXA, al no haber actuado a favor de CAFECER y haber intentado pacificar y buscar solución a los problemas entre los dos socios ,sin haber hostigado nunca al socio minoritario, cuyo comportamiento tacha de obstativo y cínico; 2º) la ausencia de negligencia en el ejercicio de su cargo de administrador de la sociedad , refiriendo que no podía dejar sin efecto un contrato de arrendamiento en vigor de forma unilateral y sin justificación, sin el mandato de la junta, añadiendo que el socio minoritario no pidió esa resolución contractual, que tampoco ejercitó al amparo del art. 232 de la LSC y la jurisprudencia , con relato de lo acaecido en las distintas juntas generales en las que se trató la cuestión del arrendamiento con CAFECER y de las comunicaciones intercambiadas al respecto con el socio minoritario (hechos tercero a sexto) y que consiguió finalmente poner fin al contrato en 2017 al lograr que renunciara CAFECER, pues tenía una duración determinada de 15 años, esto es , hasta 2025, sin que la socia minoritaria formulase propuestas para la explotación de la discoteca, que ha obligado a su explotación directa por la propia BALTANXA para evitar la devaluación de los activos sociales ; 3º) la imposibilidad de imputar responsabilidad solidaria de los demandados, por no existir pluralidad de sujetos responsables respecto del hecho generador de la responsabilidad (concertación de arrendamiento por renta inferior a la de mercado), sin que el administrador desde julio de 2013 lo prorrogara, porque se trataba de contrato en vigor , que vencía el año 2025 , siendo la actuación de uno y otro codemandado absolutamente distintas, sin que el art 237 de la LSC determine la solidaridad entre administradores sucesivos, como es el caso y 4º) los actos propios , al haberse servido del contrato de arrendamiento para valorar las acciones en otros litigios

3. La completa sentencia, tras una ordenada exposición de los hechos probados, en primer lugar, se ocupa de la cuestión relativa a determinar cuáles son los efectos de ese previo pronunciamiento judicial firme. Descarta, de una parte, la cosa juzgada negativa y preclusión invocada por uno de los codemandados, y por otra, el alcance de la cosa juzgada positiva propuesto por la actora

En segundo lugar, considera que el modo en que se articula la responsabilidad entre los dos demandados (solidaria) , presenta un punto débil, pues la actuación de ambos y su relación con la sociedad en el período considerado (2014-2017) es absolutamente distinta (uno celebró el contrato dañoso en 2010 y al otro lo único imputable sería la omisión de su denuncia y no haber instado la desvinculación de la sociedad del mismo) e incurre en una contradicción lógica, desechando la aplicación del artículo 237 de la LSC.

Ante la no asunción de la solidaridad, menos justificado, añade, está atribuir, la responsabilidad a título principal a Matías , y a título subsidiario a Maximino , como se pide, al no contener la demanda explicación alguna de esa relación de subsidiariedad

Descartada la solidaridad y la subsidiariedad, afirma que cualquier decisión judicial en cuanto al reparto de la responsabilidad de los dos codemandados, con atribución a cada uno de los dos administradores de una parte del monto indemnizatorio, supone una diferenciación que, al no inferirse de la demanda, equivaldría a conceder cosa distinta de lo solicitado, con infracción del art artículo 218 de la LEC, al no haber la parte demandada podido formular su defensa acerca de ese reparto.

Aunque lo anterior considera por sí bastante para la desestimación de la demanda, de manera exhaustiva, analiza a continuación la responsabilidad de cada uno de los codemandados.



En tercer lugar, y respecto de Matías, parte de que incurrió en un ilícito orgánico generador de responsabilidad frente a la sociedad con la firma del contrato con CAFECER en 2010 (según concluyó la SAP de Palma de Mallorca que extracta). Pero añade que, para extenderse la responsabilidad a los daños posteriores a su cese (que tuvo lugar en julio de 2013), sería preciso que el contrato suscrito no fuera resoluble, de modo que el nuevo administrador no pudiera evitar la producción del daño simplemente desistiendo del mismo. Ahora bien, lo descarta al estimar que ello implicaría alterar los términos del relato planteado por la demandante, que parte de la base de que la sociedad ha podido desvincularse libremente del contrato en cualquier momento, y que ello es lo que permite precisamente reclamar la responsabilidad del nuevo administrador (no haber liberado a la sociedad de ese contrato lesivo cuando estaba en sus manos)

En todo caso, para dar cumplida respuesta, adiciona que no asume la estimación del daño para la sociedad del periodo 2014- 2017 propuesto en la demanda, con apoyo en el dictamen de E&Y que acompaña, cuya metodología no le parece convincente, a lo que añade, como refuerzo, las debilidades del dictamen puestas de relieve en el dictamen aportado por los demandados

En cuarto lugar, desestima también la responsabilidad de Maximino. Al margen de apuntar que no se puede hacer responsable al administrador de una determinada rentabilidad del negocio que constituye el objeto social de la compañía, expone que (a) falta una prueba de que el contrato fuera libremente resoluble, sin consecuencias para la sociedad y (b) que la prueba del perjuicio sobrevenido no se sostiene, sin que la sociedad demandante instara acción para atacar la validez del contrato

4. La actora, que reconoce que se trata de un caso ciertamente singular y complejo, sin precedente jurisprudencial conocido que sirva de referente exacto, pide la revocación de la sentencia y la estimación íntegra de la demanda por los siguientes extractados motivos: 1º) infracción del artículo 1 101 y concordantes del Código Civil, al no declararse la responsabilidad solidaria de Matías y Maximino e indebida valoración de la prueba; 2º) infracción de los artículos 222.4 y 218.1 en relación con el art. 399.5 de la LEC, al no estimarse la petición subsidiaria de condena de Matías a título principal; 3º) infracción del artículo 236 y concordantes de la LSC, al no estimarse la petición subsidiaria de condena de Maximino y 4º) infracción del art 9.3 CE en relación con el artículo 218 LEC, con vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por separación del precedente judicial firme sin una debida justificación e indebida valoración de la prueba

5. Los demandados, cada uno en escritos independientes, pero que comparten en buena parte alegaciones defensivas, se oponen y piden la confirmación de la sentencia, al estimar acertada la valoración probatoria y aplicación del derecho realizada en ella

6. Debemos recordar que la acción social de responsabilidad tiene como finalidad defender el patrimonio de la sociedad ante los daños que hubiesen podido provocar de modo directo en él las acciones u omisiones ilegales, antestatutarias o incumplidoras de sus deberes por parte de los administradores, siempre que medie un nexo causal entre la conducta antijurídica de éstos y el daño sufrido por la entidad administrada (SSTS de 4.11.2011, 25.6.2012 y 26.12.2014, entre otras muchas).

Estamos ante una responsabilidad por daño que se diferencia de la acción individual en que aquí su finalidad es recomponer el patrimonio social. En consecuencia, y como dijo esta Sala en la sentencia nº 170/2018, de 14 de diciembre, el éxito de la acción social de responsabilidad requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

" a) que se produzca un daño patrimonial a la sociedad evaluable económicamente; b) que ese daño proceda de un acto de los administradores, tanto por acción como por omisión, de manera que debe tratarse de conductas en las que aquéllos intervienen en el ejercicio de sus funciones orgánicas (que el comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal); c) que al acto originador del daño sea contrario a la ley, a los estatutos o se haya producido incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (artículo 236 del vigente TRLSC); y d) que exista un nexo causal entre el daño producido y el acto origen del mismo, debiendo tenerse en cuenta los supuestos de concurrencia de otras circunstancias a efectos de ponderar la valoración del menoscabo ocasionado a la sociedad."

A la luz de estos presupuestos se analizarán los motivos de apelación, por el orden propuesto, previa constancia de una serie de hechos que nos permiten enmarcar la problemática planteada

SEGUNDO. -Marco fáctico relevante

1. La comprensión de las cuestiones suscitadas exige que dejemos constancia de los siguientes hechos que enmarcan la problemática surgida. Para ello nos serviremos, en esencia, del relato de hechos contenido en la sentencia, que en esencia no son controvertidos, completados, en lo necesario, con lo que resulta de la prueba practicada, en especial la documental obrante en autos:



i) BALTANXA, S.A es una sociedad constituida en 1991 cuyo objeto social es la explotación de negocios de alimentación, hostelería, bares y restaurantes, aunque su única actividad ha venido consistiendo en el arrendamiento de determinados inmuebles sitios en Ibiza -que constituyen su único activo-, donde se ubica la conocida discoteca "Privilege", que las partes identifican como la mayor del mundo

Sus únicos socios son el demandado Matías , titular del 55% del capital social, y la actora BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A., titular del 45 % restante

El socio mayoritario fue administrador único de la sociedad desde el 25 de abril de 2001 hasta el 22 de julio de 2013. Desde entonces, y hasta junio de 2018, lo ha sido su hijo, el también codemandado Maximino . Desde el 18 de junio de 2018, el administrador único ha vuelto a ser el socio mayoritario (Matías)

ii) en el año 2010 el administrador único y accionista mayoritario Matías suscribió un contrato de arrendamiento de la discoteca Privilege por la que se cedía la gestión y explotación de la misma a CAFECER, S.L, sociedad vinculada a él (de la que era administrador único y socio mayoritario). En ese contrato de arrendamiento de industria - según califican las partes, doc. nº 2 de la contestación- se contienen las siguientes estipulaciones:

"SEGUNDA. - Duración del contrato.

La sociedad BALTANXA S.A, cede en arrendamiento a la mercantil CAFECER S.L. el uso del local donde se encuentra la industria y fincas anexas, todo ello descrito en el expositivo I, por el plazo de 15 años, a contar desde el día de la fecha, en que dicho local y fincas anexas se onen a disposición del arrendatario, quien lo recibe, así como las llaves.

Se hace constar que las partes contratantes, con anterioridad a la firma del presente documento y mediante acuerdo verbal, han consentido el arrendamiento del local arrendado y las fincas anexas durante 15 años, prorrogando el plazo de arrendamiento con la firma del presente contrato y según las condiciones en él establecidas.

Transcurrido los primeros 5 años, cuyo plazo es de duración obligatoria para el arrendatario, éste podrá rescindir el contrato anticipadamente, sin esperar a su finalización, siempre y cuando lo notifique fehacientemente a la arrendadora con un preaviso mínimo de 6 meses de antelación a la fecha de desalojo, viniendo obligado a abonar el recibo de alquiler hasta la fecha de desalojo y entrega de llaves.

No obstante lo dispuesto, en el párrafo primero, llegada la fecha de vencimiento del contrato, el arrendatario podrá prorrogar el contrato a su voluntad, por periodos anuales sucesivos hasta un máximo de 5 anualidades finalizando en último caso el contrato.

Finalizado el plazo de duración del contrato y, en su caso, de las prórrogas de referencia, el arrendatario deberá dejar a disposición del arrendador la totalidad de los inmuebles cuyo uso se cede en este contrato.

[...]

QUINTA.- Renta.-

Se fija en concepto de renta anual la cantidad de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000.-Euros), que se abonarán de la siguiente forma:

La suma de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000.-Euros), más el Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente, cantidad que se hará efectiva anualmente, mediante ingreso en la cuenta corriente del arrendador no NUM000 , abierta a su nombre en La Caixa. El arrendatario hará efectivo conjuntamente con la renta anual el importe del Impuesto de Valor Añadido, distinguiendo ambos conceptos, entregando el arrendador factura correspondiente a dicho pago.

Obras de conservación y mejora realizadas por la parte arrendataria hasta un máximo de CINCUENTA MIL EUROS (50.000.-Euros). En caso de que la inversión de las obras no alcanzase este importe, el resto, hasta completar la cantidad acordada, se abonará a la parte arrendadora.

Las partes acuerdan no establecer cantidad alguna en concepto de fianza.

SEXTA.- Revisión de renta.-

Ambas partes acuerdan que la renta se actualizará en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato, aplicando a la renta correspondiente a la anualidad anterior la variación porcentual experimentada por el Índice General de Precios de Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística, en un periodo de doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de actualización, tomando como referencia para la primera



actualización el que corresponda al último Índice que estuviera publicado en la fecha de celebración del contrato, y en las sucesivas el que corresponda al último aplicado".

iii) BAHÍA DE SAN ANTONIO en 2014 ejercitó frente a Matías una acción social de responsabilidad, en la que exigía el resarcimiento de los daños ocasionados a BALTANXA S.A. durante los años 2010-2013 por ese contrato que estimaba lesivo por ser la renta notoriamente inferior al precio de mercado

La demanda dio lugar al procedimiento ordinario 468/2014 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma de Mallorca, que dictó sentencia en fecha 31 de julio de 2015, posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Palma mediante sentencia de 2 de marzo de 2016, que devino firme al no ser admitido el recurso de casación interpuesto en fecha 4 de julio de 2018, y que declara la responsabilidad del citado Matías por los daños ocasionados como consecuencia de su actuación negligente y desleal y le condenó a resarcir a BALTANXA en la cifra de 3.720.592,46 euros

iv) con posterioridad al año 2013 hasta octubre de 2017 la sociedad BALTANXA y la sociedad CAFECER han mantenido la vigencia y cumplimiento del contrato de arrendamiento de la discoteca Privilege, en los términos expuestos

v) en 2014, en concreto en la junta general de 26 de junio se trataron los siguientes asuntos relacionados con el arrendamiento de la discoteca Privilege.

El administrador se remite a lo que se resulte de la votación, siendo rechazado por la mayoría. En su desarrollo, la socia minoritaria advirtió a D. Maximino de la responsabilidad en que podía incurrir por falta de estudio de las ofertas recibidas (doc. número 13 de la demanda)

vi) en 2015, en la junta general ordinaria de 28 de septiembre, al tratar sobre la gestión social, la socia minoritaria intentó aportar un escrito con unas consideraciones sobre la sentencia que se había dictado en el procedimiento de la acción social de responsabilidad, que el administrador Maximino, no las admitió, lo que obligó a su incorporación en otra acta de presencia en las que se advierte que, siendo el contrato lesivo para BALTANXA, corresponde al administrador único *"llevar a cabo cuantas actuaciones sean pertinentes para la defensa del interés social en relación con dicho contrato, cumpliendo los deberes inherentes a su cargo (esencialmente, de administración diligente y leal"* y que en caso contrario se procedería a exigirle la responsabilidad procedente (doc. nº 15 y 16 de la demanda)

vii) en 2016, por medio de correo electrónico de 31 de mayo, la socia minoritaria requería al administrador Maximino a que *"analice y nos indique en qué condiciones considera que debería resolverse el contrato de arrendamiento que la Sociedad mantiene con CAFECER y sustituirlo por un nuevo contrato con otra sociedad arrendataria que no esté vinculada a su padre"* (doc. nº 18 de la demanda)

Tras dos juntas generales frustradas en las que el socio minoritario había solicitado que se incluyeran como puntos del orden del día (a) la impartición de instrucciones al administrador para que exija un aumento de renta a la sociedad CAFECER, S.L. por el arrendamiento de los activos de la sociedad a fin de situarla en precios de mercado o, alternativamente, para que rescinda el contrato de arrendamiento de 13 de octubre de 2010 con CAFECER, S.L. y (b) la convocatoria de un concurso, ya sea abierto, cerrado o por invitación, para que cualquier interesado pueda presentar su mejor oferta para explotar los activos de la sociedad en términos de rentabilidad, se celebra junta general el 28 de noviembre de 2016 en el que, a instancia del socia minoritaria, se incluían dichas cuestiones

En ella, la socia minoritaria aportó carta de 17 de noviembre de 2016 en la que, entre otras cosas, se le pedía a D. Maximino, como administrador único, información sobre qué actuaciones había llevado a cabo sobre la procedencia o no de resolver el contrato y que su mantenimiento suponía un perjuicio del que debía responder, junto con su padre. En el acta de la junta consta que el administrador proporcionó la siguiente respuesta: *" Respecto de la idoneidad de resolver el contrato con CAFECER, S.L.: Entiendo que no me parece idóneo resolverlo pues conviene que la actividad siga su curso y sin interrupciones de cara a la venta de los activos inmobiliarios"* y que la socia minoritaria insistía en el perjuicio que suponía el contrato y la pasividad del administrador en no regularizar la situación

viii) el 2017, en concreto el 24 de enero se remiten unas misivas por la socia minoritaria a Matías y Maximino. En la enviada a este último se refería que el contrato estaba causando a la sociedad unos daños muy graves, y se recordaba lo acaecido en los últimos meses en lo que se le había pedido que, como administrador único, llevara a cabo las conductas necesarias para evitar que BALTANXA siguiera sufriendo esos daños (doc. número 25 de la demanda) de los que se le responsabilizaba. Por medio de burofax de 10 de febrero de 2017 es contestada indicando que no había firmado el contrato, que no debía iniciar acciones que no se hubieran sometido a la junta, que se estaba intentando dar una salida al conflicto con la venta de los activos a un tercero y que no existía ninguna oferta de terceros para arrendar la discoteca (doc. nº 26 y 27 de la demanda)



En la junta general de 3 de octubre de 2017, además de abordar los puntos propios de una junta ordinaria (relativa al ejercicio anterior, 2016), se trató, a instancia del socio minoritario en lo que aquí interesa, de la inspección fiscal que, derivada del contrato, tenía abierta BALTANXA (al tratarse de una operación vinculada con precios alejados de los de mercado)

En ella se insistió por el socio minoritario del perjuicio que seguía produciendo el contrato, con aportación de una carta previa en la que, entre otras cosas, se solicitaba al administrador información sobre las cuestiones fiscales del contrato y sobre las gestiones llevadas a cabo por el administrador único para estudiar la resolución del citado contrato y dos correos electrónicos de Maximino, de 28 de septiembre de 2017 y 2 de octubre de 2017, en el que indicaba que no tena instrucciones de la junta para la resolución del contrato y que consideraba que el precio de alquiler se ajustaba a parámetros objetivos y que CAFECER no había faltado a su obligación de pago y que el mantenimiento y mejoras de la discoteca estaban a la vista (doc. nº 28 de la demanda)

Por correo electrónico de 13 de noviembre de 2017 Maximino entrega copia del acuerdo suscrito en fecha 13 de octubre de 2017 con CAFECER por el que se da por finalizado el contrato de arrendamiento, con un plazo de 60 días para que CAFECER retirara todos sus enseres, pertenencias y elementos y que Maximino se comprometía a proponer a la junta general de accionistas de BALTANXA la aprobación del pago a CAFECER de 5 millones de euros para el caso de que BALTANXA vendiera sus activos inmobiliarios por un precio de, al menos, 90 millones de euros (doc. número 29).

En fecha 29 de noviembre de 2017 se celebra junta general con el siguiente orden del día :1º) dación de cuenta y ratificación de la actuación del administrador en relación con la finalización del contrato de arrendamiento ; 2º) autorización para la venta de activos inmobiliarios de la sociedad por importe mínimo de 90 millones de euros y aprobación ,para el caso de que se produjera esa venta por ese importe al menos , del pago de 5 millones de euros a CAFECER en concepto de indemnización y compensación por la terminación del contrato de arrendamiento y 3º) cambio del domicilio social. Los acuerdos sociales fueron adoptados con el voto en contra del socio minoritario (doc. nº 30 de la demanda9, que después los ha impugnado

ix) además de estos procedimientos de reclamación de responsabilidad contra los administradores, el conflicto societario entre sus dos bloques accionariales (el de Matías, mayoritario con un 55% y el de BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A., titular del 45% restante) es evidente y se prolonga en el tiempo, con innumerables litigios civiles (como impugnaciones de acuerdos sociales) y penales

TERCERO -La responsabilidad solidaria de los demandados. Consideraciones generales

1. La sentencia, en su fundamento jurídico tercero, sostiene que la reclamación de responsabilidad solidaria de los dos demandados por los daños del periodo 2014-2017 supone un punto débil de la demanda.

Estima que el presupuesto para afirmar la responsabilidad de Matías (que ya no era administrador en el lapso temporal objeto de esta demanda) es que el contrato de arrendamiento no fuera libremente denunciabile y que la sociedad estaba forzosamente obligada a cumplirlo, pues en otro caso los daños podrían haber evitado con su denuncia; ausencia de denuncia o resolución que solo podría imputarse al administrador en ese periodo temporal (el otro codemandado), no a Matías, que dejó de serlo en 2013. Por ello dice

"Entendemos que no existe por tanto ninguna opción de considerar que la responsabilidad de los dos administradores demandados sea aquí solidaria: incurre en la insubsanable contradicción lógica de considerar que el contrato de arrendamiento al mismo tiempo era libremente denunciabile y no lo era. No es posible compartir que en un caso como el presente surja un vínculo de solidaridad en el daño supuestamente causado a la sociedad por la vigencia de un contrato lesivo "en el caso del administrador cesante, por haberlo firmado y en el caso del nuevo administrador por no haberse desvinculado del mismo"."

Desecha la aplicación del artículo 237 de la LSC en que se basa la solidaridad la demanda porque (i) contempla como presupuesto fáctico un órgano de administración plural y aquí nos hallamos ante un órgano de administración unipersonal, con dos sujetos que ocupan el cargo en momentos sucesivos y (ii) como mera hipótesis, no es posible aplicar la regla de la solidaridad, pues no es cierto que no pueda determinarse la participación de cada uno de los dos administradores, al ser su actuación claramente diferenciable: al primero (Matías) se le imputa la responsabilidad por la celebración del contrato dañoso y al segundo (Maximino) por la omisión de su denuncia o no haber instado la desvinculación de la sociedad del citado contrato

2. En el recurso se alega que la sentencia yerra al considerar que sólo si se hubiera alegado una administración de hecho de Matías se podría haber declarado la responsabilidad solidaria de los codemandados. Estima, al contrario, que existe fundamento para esa condena solidaria, al haber infringido ambos administradores sus respectivos deberes fiduciarios: de una parte, Matías por suscribir en 2010 el contrato de arrendamiento lesivo y por otra, Maximino, por priorizar los intereses de la sociedad vinculada a su padre por encima de los



de la sociedad que representaba y no haber estudiado si resultaba conveniente poner fin al contrato antes de 2017 o intentar un aumento de renta.

Imputa a la sentencia que desarrolle una argumentación a nivel abstracto, sin tener en cuenta la prueba y contexto de la disputa, con énfasis en que el contrato de arrendamiento de 2010 no era a priori libremente denunciable y que BALTANXA estaba, por tanto, obligada a cumplirlo hasta el final del plazo convenido

Incide en que, por no poder individualizar la contribución de cada codemandado en el daño sufrido por BALTANXA, la responsabilidad de los codemandados debe ser solidaria. Esto es, al estimar que no es posible asignar ni ex ante ni ex post un porcentaje de daño a cada una de las conductas realizadas por los codemandados, ambos deben responder solidariamente por el todo.

Concluye que ello lo impone el artículo 1101 y concordantes del Código Civil, la aplicación analógica y teleológica del artículo 237 LSC y la teoría general del derecho de daños y de la jurisprudencia que lo interpreta

Valoración del tribunal

3. Cuando el responsable del mismo daño son varias personas, se suscita si la obligación de indemnizar está sujeta a la regla de la solidaridad o, por el contrario, la deuda indemnizatoria debemos considerarla dividida en tantas partes independientes como deudores responsables haya.

Más allá de la discusión doctrinal acerca de la traslación o no de los arts. 1.137 y 1.138 CC, aplicables a las obligaciones contractuales, a las indemnizatorias derivadas de los ilícitos civiles, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial se inclina por la solidaridad entre los coparticipes en los supuestos de causación común del daño, ya tanto cuando hay una pluralidad de sujetos responsables en un único comportamiento causal ya cuando concurren diversas conductas que constituyen causas eficientes y simultáneas en la producción del daño. Ahora bien, esto último es así siempre que no sea posible individualizar la relevancia de cada comportamiento en el resultado dañoso ni precisar, en consecuencia, la concreta responsabilidad de cada uno de los intervinientes. Como dice, entre otras muchas, la STS 7.11.2000

"La doctrina jurisprudencial viene reconociendo la aplicabilidad de la solidaridad (impropia, en cuanto no resulta de pacto o de disposición legal) en los casos que el resultado dañoso es una consecuencia de varias aportaciones causales sin que sea posible determinar, mediante un módulo aritmético (cantidad fija o tanto por ciento, de un modo preciso o por aproximación), la entidad de las respectivas participaciones -principio de la indiscernibilidad-. Esta solución no exige que se dé una actuación conjunta, ni que la causa sea común o única, siendo aplicable a casos como el de autos en que se aprecian causas concurrentes, autónomas, susceptibles de producir cada una de ellas por sí sola el resultado dañoso objeto de la litis"

4. A la vista de ello, el planteamiento de la sentencia no se comparte. Al margen de que, al no haberse suscitado en la demanda la administración de hecho de Matías por el periodo 2014-2017, resultaba prescindible plantear esa hipótesis en la sentencia, lo relevante es que para declarar la responsabilidad solidaria de varios demandados no es preciso imputar a todos ello la misma conducta. Es posible predicar la solidaridad, aunque los comportamientos causales sean diversos, si ambos son capaces de generar el resultado dañoso, y no es posible discernir el grado o entidad de las respectivas participaciones en ese resultado lesivo

5. Lo importante, pues, es determinar si el comportamiento de cada uno de ellos (que es distinto) es reprobable y generador de los daños reclamados. Solo en caso de que se afirme la responsabilidad de los dos codemandados, cobra sentido plantearse si la misma es o no solidaria. Evidentemente, carece de sentido si ninguno es responsable o solo es uno de ellos, por lo que, en cierta manera, suscitar este debate como punto de partida del enjuiciamiento de la litis resulta inadecuado, como también lo es en buena parte la discusión sobre la subsidiariedad, que no deja de ser una forma de ordenar las pretensiones para el caso de que la principal (que se declare la responsabilidad solidaria de los codemandados) no sea estimada

6. Sin perjuicio de remitirnos al análisis del comportamiento de cada uno de los codemandados, consideramos acertada la crítica vertida por el apelante en este motivo acerca de que la argumentación de la sentencia se desarrolla en un plano excesivamente abstracto, sin tener en cuenta la prueba, y en especial, a los términos y circunstancias del contrato de arrendamiento de 2010, que no preveía la posibilidad de libre desvinculación, de modo que la arrendataria BALTANXA estaba obligada a cumplirlo hasta el final del plazo convenido (15 años).

Efectivamente, esa es la realidad de la que debe partirse y con arreglo a la cual debe ser enjuiciada el comportamiento de cada uno de los demandados, y verificar si el mismo puede tildarse como ilícito orgánico culpable generador de daños.

CUARTO. - La responsabilidad de Matías



1.La sentencia en su fundamento segundo, como hemos anticipado, se enfrenta a la cuestión relativa a determinar cuáles son los efectos del previo pronunciamiento judicial firme consistente en la sentencia de 2.3.2016 de la AP de Palma de Mallorca (en adelante, la sentencia de 2016)

Descarta los planteamientos de los litigantes - que tacha de maximalistas- y estima (a) que respecto de Maximino , al no ser parte en aquel, ningún efecto produce, y (b) en cuanto a Matías , (i) rechaza la cosa juzgada negativa y preclusión, invocada por este, ya que el contrato ha seguido surtiendo efectos tras la primera condena, que han podido seguirse causando perjuicios al patrimonio social, y que al no haberse podido reclamar en el primer procedimiento (no se habían materializado), han de poder ser reclamados en este segundo y (ii) por efecto de la cosa juzgada positiva, el ilícito orgánico por la firma de un contrato lesivo en 2010 resulta inatacable, pero sin que ello alcance a la realidad del perjuicio y su cuantificación , de tal manera que el demandante tiene la carga de la prueba de que el mismo nivel de perjuicios del periodo ya enjuiciado se ha mantenido sin variación en el segundo objeto de esta litis. Argumenta: *"Que la firma de un contrato con una persona vinculada en unos términos perjudiciales para la sociedad sea reputado ilícito y causante de perjuicios en una horquilla temporal determinada, no significa necesariamente que el mantenimiento de la vigencia de dicho contrato haya de causar automáticamente el mismo nivel perjuicios a la sociedad hasta su expiración."*

Posteriormente, en el fundamento de derecho cuarto, y en consonancia con ello, parte de que Matías incurrió en un ilícito orgánico con la firma del contrato con CAFECER en 2010 , pero considera que no puede extenderse la responsabilidad a los daños aquí reclamados, posteriores a su cese en julio de 2013, pues para ello es preciso que el contrato suscrito no fuera libremente resoluble , y la hipótesis de la que parte la demanda - al pedir la responsabilidad del administrador que le sustituyó- es que la sociedad ha podido desvincularse libremente del contrato en cualquier momento. Dice

"Para que pudiera extenderse la responsabilidad años venideros posteriores al cese del Sr. Matías , sería preciso que el contrato suscrito no fuera resoluble y que el nuevo administrador no pudiera evitar la producción del daño simplemente desistiendo del mismo. Sin embargo, si este órgano judicial asumiera esa posibilidad, estaría alterando los términos del relato que plantea la parte demandante, pues su reclamación parte de la base que la sociedad ha podido desvincularse libremente del contrato en cualquier momento; y que precisamente debe reclamarse la responsabilidad del nuevo administrador al no haber liberado a la sociedad de ese contrato lesivo."

Defendiendo esta última opción, es evidente que el primero de los dos administradores D. Matías no puede ser hecho responsable de la generación de los perjuicios que dimanen del contrato por el que ya fue condenado en el primer pleito, que han sobrevenido con posterioridad a su cese. Según la tesis que defiende la actora, la nueva dirección de la sociedad habría podido evitarlos simplemente deshaciéndose de ese vínculo contractual, de lo cual no puede responsabilizarse al administrador cesante, ni siquiera considerando su participación en la sociedad con la que la sociedad contrató."

En todo caso, para el caso de no se asumiera esta tesis, añade que no comparte la estimación del daño para la sociedad del periodo 2014- 2017 propuesto en la demanda, con apoyo en el dictamen de E&Y que acompaña, cuya metodología no le parece convincente, con referencia a sus debilidades, puestas de relieve en el dictamen aportado por los demandados

2.En el recurso se critica (a) que la sentencia no explica por qué no se condena a Matías a título principal y que confunde la naturaleza de la petición subsidiaria, con infracción del artículo 339.5 y 218.1 de la LEC y (b) que la sentencia no respeta el efecto positivo de la cosa juzgada, con infracción del artículo 222.4 LEC, al establecer una diferencia artificial entre *"la responsabilidad derivada de la firma del contrato"* y *"la que dimana del mantenimiento de su vigencia"* que no declara con el argumento de que era posible resolver el contrato que no se corresponde a la realidad, ya que el contrato no era realmente resoluble para las partes, puesto que no contenía ninguna cláusula de resolución anticipada, ni contenía justas causas para terminarlo

Valoración del tribunal

3. Ya hemos indicado que la discusión sobre la subsidiariedad resulta en buena parte derivada del enfoque - a nuestro entender, no acertado- seguido en la sentencia, que antepone la apreciación de la solidaridad a la previa afirmación de responsabilidad de los codemandados. En todo caso el argumentario de la sentencia no se comparte. Expone que

"(m)enos justificado aún estaría atribuir la responsabilidad a título principal a D. Matías y a título subsidiario a D. Maximino , como se pide, para el caso en que la solidaridad no se estime, en el suplico de la demanda. El escrito rector omite cualquier explicación de la razón por la que procedería declarar a D. Maximino subsidiariamente responsable de los actos u omisiones cometidos por su padre; responsabilidad que, en razón de ese carácter subsidiario, se activaría únicamente si el deudor principal no pudiera responder. La demanda,



al margen del propio pedimento del suplico, no explica en ningún lugar cuál sería el fundamento de esa relación de subsidiariedad en la responsabilidad que existiría entre D. Maximino y su padre D. Matías."

Como hemos anticipado, estamos ante una forma de ordenar las pretensiones para el caso de que la principal (que se declare la responsabilidad solidaria de los codemandados) no sea estimada, según habilita el art 399.5LEC. No tiene más alcance, ni precisa mayor explicación, al no tener la subsidiariedad un contenido sustantivo, como parece que se desprende de la sentencia

En todo caso, lo que no se comparte es la queja de la apelante de que se vulnera el art 218.1 LEC, ya que la sentencia, al ser desestimatoria, no incurre en incongruencia alguna (al no alterarse la causa petendi o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio, STS 722/2015, de 21 de diciembre).

Y mucho menos puede tildarse de falta de motivación del art 218.2LEC. Otra cosa es que no participe del razonamiento judicial. La motivación puede ser suficiente pero desacertada, sin que el mero error en cuanto al fondo constituya infracción del deber de motivación del art 218.2LEC (STS 673/2021, de 5 de octubre)

4. Más enjundia tiene la infracción de la cosa juzgada positiva, pues problemática es la vinculación de la previa sentencia de 2016 respecto de este segundo litigio

Lo primero que debe aclararse, a la vista de las alegaciones deslizadas en la oposición al recurso de apelación, es que la sentencia rechaza las excepciones de cosa juzgada negativa y preclusión invocadas en la instancia, de modo que, al no haberse impugnado por el demandado que las invocó, deviene firme esa desestimación (por todas, STS de 19 de mayo de 2016), y que la sentencia no niega que la firma por Matías del contrato de arrendamiento en 2010 constituya un ilícito orgánico causante de daños a la sociedad, por lo que respecto de ello sí aprecia la cosa juzgada positiva prevista en el art 222.4 LEC.

La divergencia con la actora es si esa cosa juzgada positiva abarca la realidad del daño y su cuantificación reclamada en este litigio, esto es, si ese contrato - que produjo en 2010-2013 unos daños ya fijados judicialmente- ha continuado causando daños en el periodo en que ha seguido estando en vigor (2014 a 2017) por el importe petitionado en la demanda

5. Es pacífico afirmar que la cosa juzgada material "crea una situación de plena estabilidad que no solo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo resuelto en firme" (STS 802/2011, de 7 de noviembre). En su vertiente positiva o vinculante está prevista en el art 222.4 LEC y el TS en su sentencia de 7.7.2014 nos recuerda que

"Como se declaró en la referida STS de 2 de abril de 2014 (recurso núm. 1516/2008), con cita de la STS de 26 de enero de 2012 (recurso núm. 156/2009), la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido. Es el efecto al que se refiere el artículo 222.4 LEC para el que no se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior (STS de 17 de junio de 2011, recurso núm. 1515/2007)"

Esta conexión no es discutida en este caso, sino su alcance; alcance que viene delimitado por lo decidido en la sentencia firme, que es lo que produce efectos vinculantes (" *lo resuelto con fuerza de cosa juzgada* " en palabras del art 222.4). En este sentido, la STS nº 777/2021, de 17 de diciembre aclara que

"... lo juzgado, la "res iudicata", se proyecta sobre la concreta cuestión sustantiva sometida a litigio y decidida definitivamente por el órgano jurisdiccional, esto es, lo que efectivamente ha decidido el órgano jurisdiccional y plasmado en la sentencia de acuerdo con las pretensiones formuladas por las partes, sin que el efecto de "cosa juzgada" - negativo o positivo- alcance a simples razonamientos de la sentencia, y menos a la interpretación interesada que de los mismos pueda hacer la parte, cuando no integran la "ratio decidendi" ni tienen reflejo en el "fallo"."

6. Trasladadas estas consideraciones al presente caso, entendemos que acierta el juzgado en su delimitación, pues no se puede predicar efecto positivo de "cosa juzgada" de la sentencia de 2016 respecto de unos daños de 2014-2017 que allí no eran objeto de litigio, al ser en ese momento inciertos.

Lo dilucidado y resuelto fue que la concertación del contrato de arrendamiento de 2010 por Matías constituyó un ilícito orgánico y además lesivo, al generar en el periodo examinado (2010-2013) unos daños. Si esos daños no se agotaron y continuaron en los años sucesivos, hasta su resolución definitiva en 2017, es algo que no se enjuició por la AP de Mallorca, y, por ende, no puede pasar en autoridad de cosa juzgada.



7. En definitiva, dado que en el proceso anterior se declaró probado el ilícito orgánico (consistente en la concertación del contrato de arrendamiento de 2010 en los términos antes expuestos) ello resulta incuestionable en este litigio, como antecedente lógico de la presente acción social de responsabilidad, al haberse ya dilucidado en el primer proceso.

Pero habrá que ver en este procedimiento si (a), efectivamente, la pervivencia de ese contrato de 2010 ha supuesto la cristalización de nuevos daños en el periodo temporal subsiguiente (2014 a 2017) imputables al administrador que lo firmó, pero que dejó de ser administrador en ese periodo, y (b), en caso positivo, si su importe asciende al reclamado en la demanda. El propio apelante reconoce que no tienen por qué coincidir y que es posible *"que se pueda considerar que los daños sufridos por la Sociedad entre 2014 y 2017 son superiores o inferiores a los del periodo 2010-2013 como consecuencia de nuevos hechos"*

8. Respecto de lo primero (a), el rechazo de la responsabilidad de Matías por ese periodo posterior a su cese por entender la sentencia que, según la demanda, el contrato de 2010 se considera resoluble, esto es, que la sociedad bajo el mandato del otro administrador demandado ha podido desvincularse libremente del contrato en cualquier momento (pues es lo que justificaría la responsabilidad solidaria del otro codemandado) no se comparte. Estimamos acertada la crítica vertida por el apelante de que la argumentación judicial desplegada se mueve en un plano excesivamente abstracto, sin tener en cuenta la los términos y circunstancias del contrato de arrendamiento de 2010

9. Si acudimos al mismo, comprobamos que no preveía la posibilidad de libre desvinculación. En consecuencia, la arrendadora BALTANXA estaba obligada a cumplirlo hasta el final del plazo convenido (15 años). Si quería desvincularse antes precisaba el acuerdo con la arrendataria CAFECER, sociedad administrada y controlada por el citado Matías, con la probable consiguiente indemnización

10. A partir de esta realidad, lo único que resta es comprobar si esa continuación generó daños, pues nos resulta claro que, en caso positivo, de ellos deberá responder el citado Matías, al serle imputable la causa generadora de los mismos. El que cesará en el cargo de administrador en junio de 2013 no impide que puedan predicarse del mismo los daños del periodo 2014-2017, posteriores a su cese, por derivar de un acto imputable al mismo, que seguía vinculando a la sociedad durante ese periodo y del que no podía liberarse libremente. Si ligó a la sociedad con un contrato lesivo, del que no se podía libremente liberar, deberá responder de las consecuencias generadas, que no se agotan con su cese

11. Siguiendo el orden del recurso después se analizará si esa continuación del contrato durante ese periodo 2014-2017 generó los daños reclamados. Primero enjuiciaremos la antijuridicidad achacada al comportamiento del otro codemandado

QUINTO - La responsabilidad de Maximino

1. La sentencia, en su fundamento jurídico quinto, desecha la responsabilidad imputada a Maximino.

Tras remarcar que no se puede hacer responsable al administrador de una determinada rentabilidad del negocio que constituye la actividad de la compañía, expone que el comportamiento imputado, consistente en (a) la ausencia de denuncia del contrato de 2010, tolerando su vigencia sin impedir que siguieran originándose perjuicios para la sociedad y (b) no búsqueda activa de nuevo arrendatario, con desatención de ofertas para su sustitución, o no instar incrementos de rentas, no es reprochable porque no hay prueba de que (i) el contrato de 2010 fuera libremente resoluble, sin consecuencias para la sociedad, que es el presupuesto para predicar su responsabilidad, y (ii), en todo caso, la prueba del perjuicio sobrevenido resulta insostenible.

A lo anterior añade que tampoco la demandante ejerció acción para atacar la validez del contrato celebrado en violación del deber de lealtad sobre la base del artículo 232 de la LSC, por lo que se entiende mal que el administrador, por no ejercer esas acciones de incierto resultado, deba responder del mantenimiento de un nivel de renta por el alquiler de la instalación similar al supuestamente abonado por los arrendatarios de las otras dos discotecas principales de la isla.

Por todo ello llega a la siguiente conclusión: *"no se puede hacer responsable al administrador codemandado D. Maximino de mantener la vigencia de un contrato del que no podía desistir unilateralmente ni semejante estrategia habría podido conducir en breve plazo a un desalojo sin coste del arrendatario que se encontró. No puede por tanto tampoco hacerse responsable de que no estudiara otras ofertas o bien buscara activamente las mismas, al ser preciso, con carácter previo, deshacerse del contrato de CAFECER, S.L"*

2. El recurso critica que la sentencia omita resolver sobre la infracción del deber de lealtad de Maximino imputado en la demanda (págs. 81-86), que afecta a su deber de diligencia.

Enfatiza que el mantenimiento de la situación contractual generada por Matías supone colocar a Maximino en una situación de grave conflicto de interés mientras esa situación perviva, con invocación del art 231 LSC según



el cual los ascendientes son personas vinculadas a los administradores. Sostiene que el comportamiento pasivo imputado (falta de anulación o, en su caso, resolución de un contrato declarado judicialmente lesivo, ausencia de búsqueda proactiva o aceptación de ofertas acordes con los precios de mercado, mitigación del daño con un aumento acordado de la renta) beneficia, en perjuicio de la sociedad BALTANXA, el interés personal de Matías, bajo cuyo control se encuentra la sociedad CAFECER.

Después de ello, detalla la relación de litigios (de impugnación de acuerdos sociales y sobre otras materias societarias o diligencias penales) instados por la actora, reveladores de una situación societaria conflictiva, y que, en palabras del recurso, *"invitan a juzgar el comportamiento (de Maximino) bajo el prisma de la falta de lealtad hacia la compañía"*, al permitir una situación que causa un daño patrimonial a la sociedad en beneficio del interés directo de su padre

A continuación, rechaza la aplicación de la doctrina que protege la discrecionalidad empresarial (art 226 LSC), al sostener que quien se encuentra en conflicto de intereses y persigue conscientemente el propio a costa del social, y se comporta deslealmente, no puede ampararse en ella, con apoyo en varios autores que cita, y culmina su alegato con la tesis de que ese comportamiento pasivo infringe el deber de diligencia del ordenado empresario, sin que sirva de exoneración decir que nadie se le pidió o que la junta general no le dio instrucciones, o que actuaba según lo acordado por ésta (art 236.2LSC); junta controlada por su padre (titular del 55% del capital social), revelando la documental que los pretextos cambiantes ofrecidos para no actuar venían motivados por el conflicto de interés referido

Valoración del tribunal

3. El primer argumento para imputar a Maximino los daños reclamados es la infracción del deber de lealtad

Sabido es que el deber de lealtad se establece en el artículo 227 de la LSC y se desarrolla en los artículos 228 a 232 de la LSC. Supone que los administradores deben obrar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, o sea, anteponer el interés social al interés personal, de modo que, ante una situación de conflicto, proscriba todos aquellos comportamientos de los administradores que impliquen la obtención de ventajas por estos a costa de la primera. En este sentido STS 13.6.2012

Ello se revela en las concretas obligaciones que el artículo 228 de la LSC describe como derivadas del deber de lealtad. Entre estos deberes, en lo que aquí interesan, está el deber de abstención (letra c) y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (letra e), este último desarrollado en el art 229 que en particular, implica la obligación del administrador a abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad (letra a); previsión de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador

4. En los folios de la demanda a los que el recurso se remite (más allá de que ello no sea lo más adecuado desde el punto de vista de técnica forense) se enjuicia conjuntamente el comportamiento de Matías y el de Maximino. Al margen de que son distintos, se viene con ello a equiparar, a nuestro juicio erróneamente, situaciones diversas.

En el caso de Matías es evidente que violenta el deber de lealtad como administrador de BALTANXA al concertar en 2010 el contrato de arrendamiento con la mercantil CAFECER, sociedad vinculada al mismo, al estar dominada por este (art 231.1 d) en la redacción aplicable *ratione tempore*).

Pero ello no se puede predicar, sin más, de Maximino, como pretende la demandante y ahora recurrente: en primer lugar, el mismo no concierne operación alguna, pues precisamente lo que se imputa es no actuar ante un contrato vigente firmado por su predecesor y con una duración que alcanzaba el año 2025, y, en segundo lugar, el mismo no tiene relación alguna, directa ni indirecta, con esa mercantil CAFECER. La persona vinculada con el administrador Maximino es su padre (art 231.1 b) LSC), no la sociedad dominada por su padre, sin que el ámbito de las personas vinculadas al administrador alcance a esta, sino que en la redacción aplicable (previa a la Ley 5/2021, de 12 de abril.) tendrán esa consideración *"Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio"*. En ningún momento se plantea por la demandante - y ahora recurrente - que Maximino tuviera directa o indirectamente el control de CAFECER o que ésta fuera un mero artificio que permitiera levantar el velo de su personalidad jurídica y considerar, en consecuencia, como tal arrendatario a Matías

5. En definitiva, la existencia de una evidente conflictividad societaria, con dos bloques sociales enfrentados, no habilita por sí solo a predicar la infracción del deber de lealtad del administrador, hijo del socio mayoritario, en los términos interesados por la actora.



6. La otra línea de imputación de los daños reclamados es la infracción del deber de diligencia

Previsto en el art 225.1 supone que los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos, con el añadido con la Ley 5/2021, de "subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa", ciertamente extraño sistemáticamente y que, al no ser aplicable por razones temporales, prescindimos de determinar su alcance

Este deber fiduciario implica que el estándar de comportamiento exigible al administrador es el propio de un ordenado empresario. Dado que en su desempeño ha de adoptar decisiones empresariales, que conllevan un riesgo inherente, es común afirmar que la obligación asumida por los administradores es de hacer o de medios, no de resultado, puesto que no se les puede exigir responsabilidad por no obtener la sociedad un éxito económico, ya que ello sería tanto como imputarles el riesgo de empresa. Responderá de los daños a la sociedad por su comportamiento si este no se ajusta al estándar antes dicho. En palabras de la SAP de Madrid, Sección 28º, nº 168/2007, de 13 de septiembre "no basta con la mera causación de un quebranto patrimonial a la sociedad o a terceros, que constituye un riesgo inherente a la actividad empresarial". En este sentido se inserta la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 24.3.2006 y SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 24.1.2008

En este marco conceptual se comprende la previsión del artículo 226 introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que consagra la protección de la discrecionalidad empresarial, según el cual

"1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230".

Esta norma (la llamada *business judgment rule*) viene a limitar el supuesto de hecho del art 225 LSC, de modo que no habrá infracción del deber de diligencia - y por ende responsabilidad-, si la decisión empresarial reúne los requisitos previstos en el art 226 LSC. Gráficamente se ha dicho que actúa como "puerto seguro" para los administradores

7. La ratio decidendi de la sentencia apelada es que no se puede predicar que el comportamiento pasivo imputado al administrador Maximino fuera indiligente y causante de los daños reclamados, atendidas las circunstancias concurrentes, que no son otras que la sociedad ya estaba vinculada por un contrato que, aunque fueran desventajosas sus condiciones para la misma, estaba en vigor y del cual no podía libremente desvincularse, al estar siendo cumplido por la contraparte contractual

Este argumento nuclear no se ataca debidamente en el recurso, centrado en la inaplicabilidad de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial del art 226LSC por la presencia de un conflicto de intereses en el administrador Maximino ; conflicto que, de concurrir, ciertamente impediría la aplicación de esta regla (art 226.2), y que conecta este deber de diligencia con el de lealtad. Lo restante son afirmaciones genéricas de que el administrador al no actuar no ha minimizado, mitigado o reducido el daño, pero sin justificar por qué esa omisión no se ajusta a las pautas de un ordenado empresario. Ello no está en función del resultado, sino de la concurrencia de circunstancias que permitieran y aconsejaran actuar

8. Que el contrato de arrendamiento de 2010 resultaba lesivo para BALTANXA (con efectos de cosa juzgada por el periodo 2010-2013) no basta para predicar la responsabilidad del administrador que no lo firmó ni prorrogó y que se encontró con esa situación. Lo relevante es comprobar si el estándar de comportamiento de un empresario ordenado imponía la actuación que omitió el demandado, y a la que el socio minoritario liga los daños reclamados.

Al respecto, en primer lugar, no se explica por la actora (ni en los requerimientos efectuados ni en este litigio) qué es lo que podría amparar la exigencia de una "regularización" del contrato para obtener un incremento de renta en favor de la sociedad arrendadora BALTANXA, que no estaba, pues, en manos del administrador demandado

En segundo lugar, tampoco pueden vincularse los daños a la falta de búsqueda de nuevo arrendatario mientras perviviese ese vínculo, dado que solo con su resolución o anulación sería posible la entrada de nuevos arrendatarios.

En tercer lugar, no se indica en ninguno de los requerimientos de actuación (ni se explica en la demanda o recurso) cuál era el fundamento que tenía el administrador para instar judicialmente la resolución de un



arrendamiento que estaba siendo cumplido por el arrendatario; resolución contractual que, en todo caso, generaría una indemnización en favor de la arrendataria

Finalmente, igual carencia de fundamentación se aprecia con la nulidad contractual interesada en alguno de los requerimientos. Por agotar la respuesta judicial, aunque los contratos con infracción del deber de lealtad son susceptibles de anulación, como reconoce la jurisprudencia ya antes de la Ley 31/2014 (SSTS 8.4.2013 y 23.9.2014), limitándose el art 232LSC a asumirlo, esa acción de nulidad se viene a fundamentar en la causa ilícita del art 1.275CC. No se argumenta por la socia en esos requerimientos dirigidos al administrador en qué consistía esa causa ilícita (y no corresponde al órgano judicial su adivinación), recordando en todo caso que no parece bastante para predicarla la existencia de un precio inferior al de mercado, pues como recuerda la STS 23.9.2014 *"la ilicitud de la causa no es la existencia de una contraprestación o precio inferior al valor real de los bienes transmitidos, puesto que el precio justo no es efectivamente un requisito de validez en los negocios onerosos de carácter transmisivo"*

Por todo ello se comparte el parecer del juez a quo de que , en esas circunstancias, no resulta justificado que el administrador deba responder por los daños de un contrato en vigor que vincula a la sociedad por no ejercitar las acciones encaminadas a evitar sus efectos, cuando estas acciones cuanto menos tenían un incierto resultado y podían implicar , además, importantes gastos de litigación, con el riesgo de una condena en costas de importe elevado, atendida la cuantía del eventual litigio

9. Pero es que, aun en la hipótesis de que debería haberse pedido esa anulación del contrato lesivo, resulta complicado afirmar que el ejercicio de esa acción hubiera evitado los daños aquí reclamados (del periodo 2014-2017)

En primer lugar, no resulta descabellado pensar que la duración de un litigio de esa naturaleza y complejidad hasta su firmeza podría agotar el periodo de reclamación. Pero es que, además, no podemos perder de vista que, de haberse ejercitado, podría haberse planteado prejudicialidad con el litigio en el que se ejercitaba la acción social de responsabilidad, centrado en la lesividad o no del contrato de arrendamiento; prejudicialidad que habría provocado su suspensión hasta su finalización en julio de 2018

En segundo lugar, esa nulidad - de haberse instado y acordado - lo único que hubiera permitido es la liberación de la sociedad de ese contrato, pero, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, no hubiera supuesto efecto restitutorio, sino meramente liquidatorio de la relación, además del liberatorio (STS 500/2016, de 19 de junio, en caso de resolución, pero trasladable a la nulidad). Efecto liberatorio que, de igual modo que hubiera posibilitado la búsqueda de nuevos arrendatarios, también hubiera supuesto entre tanto no se formalizase un nuevo arrendamiento, ausencia de cobro alguno por rentas y asunción de costes de mantenimiento

10. El comportamiento de la propia socia minoritaria refuerza las ideas que se acaban de exponer. Si el ejercicio de esa acción de anulación del contrato de arrendamiento hubiera sido la solución eficaz, rápida y no costosa para poner fin a los daños a la sociedad arrendadora, no se explica por qué no la ejercitó la socia minoritaria cuando la jurisprudencia (SSTS 8.4.2013 y 23.9.2014) le reconocía su legitimación ya antes de que la reforma operada en 2014 lo plasmara en el art 232 LSC, que no crea o establece una acción nueva.

En consecuencia, la ausencia de ejercicio no parece obedecer a problemas de orden intertemporal, sino más bien apunta a la duda e incertidumbre que la propia socia minoritaria y aquí actora tenía acerca de su viabilidad y de su eficacia como remedio para poner fin al daño continuado

11. Al margen de que, desde la óptica del art 226 LCS, la pervivencia del contrato de arrendamiento estrictamente no afectaba a los intereses personales del administrador Maximino , y aunque lógicamente afectaba a la sociedad arrendataria CAFECER, esta no era una persona vinculada al mismo (sí lo era de Matías), lo relevante es que no está debidamente justificado que dicho administrador codemandado deba responder por las consecuencias perniciosas para la sociedad derivadas de un contrato firmado por su predecesor, en vigor, y del que no podía desvincularse libremente y sin coste para la sociedad administrada. Y no lo está porque no consta que la no activación de los mecanismos requeridos por el socio minoritario fuese algo irracional o descabellado y ausente de toda lógica.

12. Lo anterior hace que resulte menor trascendente la invocación defensiva de la voluntad de la junta general al respecto, que ciertamente no puede servir en todo caso para exonerar de responsabilidad (art 236.2LSC), como recuerda la STS de 22.12.2014, pero que añade que *"no por ello no podía ser tenido en consideración, como hizo la sentencia recurrida, para valorar la conducta de los administradores "*

13. Al no apreciarse la responsabilidad de Maximino , decae la cuestión controvertida acerca de la solidaridad , ya que los daños causados durante la vigencia del contrato de arrendamiento solo son imputables a quien lo firmó; responsable único de todos los generados por un contrato lesivo que ligaba a la sociedad por 15



años, ya cristalizaran esos daños durante el periodo en que fue administrador (2010-2013) ya una vez cesado (2014-2017) , pues lo determinante es que la causa del daño se realizó por él durante su mandato

SEXTO. - Los daños causados.

1. Hemos anticipado que la sentencia no asume la estimación del daño para la sociedad del periodo 2014-2017 propuesto en la demanda, al no parecerle convincente el dictamen de E&Y en que se basa.

Critica su metodología (cálculo de la renta de una instalación de ocio exclusivamente en función de su aforo, al indicar que la única forma en que podría determinarse una renta justa sería por comparación con otros períodos históricos de explotación de la misma discoteca y considerando de forma diseccionada la rentabilidad de su explotación) y aunque reconoce que es innegable que existe una clara diferencia a la baja entre la renta abonada por el arrendatario de la discoteca PRIVILEGE y la de las discotecas de contraste (SPACE y AMNESIA), concluye que ese sólo dato no es suficiente para fijar unos daños cercanos a los cinco millones de euros, porque no es posible identificar el precio justo de mercado con el importe que abona como renta el arrendatario de esas otras dos discotecas

A lo anterior, que la sentencia estima crucial, añade, como refuerzo, las debilidades del dictamen puestas de relieve en el dictamen aportado por los demandados

2. En el último de los motivos del recurso se denuncia la infracción del art 9.3 CE en relación con el artículo 218 LEC, por vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, al separarse del precedente judicial firme sin una debida justificación, así como indebida valoración de la prueba

De una parte, desde una perspectiva jurídica, se viene a sostener que no es posible que los juzgados de Palma de Mallorca declaren que el contrato de arrendamiento de los activos de BALTANXA produjera daños entre los años 2010 y 2013, y que el juzgado a quo considere que ese mismo contrato no los genere entre los daños 2014 a 2017, sin haber cambiado las condiciones de forma sustancial.

Esta postura se sustenta en la tesis de que los parámetros de valoración tenidos en cuenta en el primer procedimiento de responsabilidad para determinar si el daño existió o no son una cuestión jurídica que quedó fijada en el primer procedimiento, sin que el juzgador a quo pueda apartarse de los mismos, que debe limitarse a verificar si dicho perjuicio se mantiene. A su entender lo exige la unidad de jurisdicción y la eficacia prejudicial de resoluciones judiciales preexistentes, con invocación de la SSTS núm. 784/2005, de 28 de octubre, núm. 430/2019, de 17 de julio y núm. 210/2016, de 28 de febrero. Añade que la justificación para apartarse del criterio de los juzgados de Palma es, a juicio de la recurrente, insostenible, al no haber habido cambio alguno en las circunstancias relevantes

Por otro lado, desde una perspectiva más fáctica, aduce indebida valoración de la prueba pericial de EY, que, a su entender, acredita de forma plena que BALTANXA percibió durante el periodo 2014 2017 una renta muy inferior de mercado, siendo el informe pericial de contrario absolutamente insostenible.

Valoración del tribunal

3. La primera línea argumental del recurso, que se mueve en un orden jurídico-formal, vuelve a plantear la vinculación en este proceso de lo resuelto en el previo proceso seguido en los juzgados de Palma. Sobre el alcance de la cosa juzgada positiva en general ya nos hemos pronunciado en el apartado 4 y ss. del fundamento jurídico 4º, al que nos remitimos para evitar inútiles reiteraciones.

4. Aquí nos centraremos en la específica vinculación que pretende la apelante a los parámetros de valoración del daño, que estima que son una cuestión jurídica ya predeterminada, de la que necesariamente se ha de partir en este segundo litigio de responsabilidad social

Para solventarlo debemos partir de la jurisprudencia constitucional compilada en la STC 192/2009, de 28 de septiembre, que, desde la óptica del art 24 CE, nos dice

" Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , FJ 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).



Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4)"

Por su parte, la STS nº 307/2010, de 25 de mayo, al tratar del efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada recuerda

"El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis (SSTS 1 de diciembre de 1997, RC n.º 2936/1993 y 12 de junio de 2008, RC n.º 1073/2001).

El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero)".

A este doble efecto de la sentencia firme (el prejudicial o efecto positivo de la cosa juzgada y el de medio de prueba) se refiere también la precedente STS nº 491/2007, de 7 de mayo

"También es cierto que la jurisprudencia (sentencias de 18 de marzo de 1.987, 3 de noviembre de 1.993, 27 de mayo de 2.003, entre otras) ha admitido que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca otros efectos accesorios o indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en ella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes de su parte dispositiva."

Pero puntualiza que ello no tiene sentido absoluto, al advertir que

"Antes bien, la función prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo no a los razonamientos (sentencia de 17 de julio de 1.987) salvo en la medida en que constituyan la ratio de la decisión (sentencia de 28 de febrero de 1.991).

Además, esta Sala ha declarado, en las sentencias antes apuntadas, que la resolución firme dictada en un proceso anterior, pese a ser un medio de prueba cualificado, debe ser valorado en unión de los demás elementos de convicción aportados al posterior. Y, en la interpretación de las mencionadas normas constitucionales, ha sostenido el Tribunal Constitucional (así en la citada sentencia 34/200 y en las que en ella se relacionan) que los órganos judiciales no tienen que aceptar, siempre y de forma mecánica, los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los mismos "debe ser motivada y, por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra ... debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio".

5. A la vista de este cuerpo jurisprudencial debemos desechar el efecto vinculante que parece pretender la apelante. No cabe apreciar cosa juzgada positiva respecto de los criterios o parámetros de valoración porque (i) a ellos no se refiere el fallo; (ii) lo enjuiciado en el primer pleito es una realidad fáctica (el periodo 2010-2013) que puede ser distinta a la aquí analizada (periodo 2014-2107) y (iii) resulta imposible cuando los litigantes no son los mismos, pues aquí la actora demanda también a un sujeto que no fue parte en el primer litigio, que goza del derecho a cuestionar los hechos probados de la previa sentencia. Lo contrario implicaría menoscabar su derecho de defensa y de prueba, con infracción del art 24CE

Otra cosa es que esa sentencia firme sea un medio de prueba cualificado, a valorar en conjunción con los demás elementos de convicción aportados en este litigio.



6. Lo dicho nos conduce a la otra línea de ataque del recurso, relativa a la indebida valoración de la prueba pericial, en la que el tribunal goza de plena soberanía. Es pacífico afirmar que el sistema procesal español inviste al tribunal de apelación de las mismas facultades que el juez de la primera instancia y permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, valorando la prueba y decidiendo las cuestiones jurídicas planteadas según su propio criterio dentro de los límites que imponen la prohibición de la reforma peyorativa y el principio tantum devolutum quantum appellatum (por todas SSTs 1.10. 2012, 13.1.2015 y 4.12.2015).

El informe pericial de la actora tiene por objeto determinar el importe de la renta de mercado por el arrendamiento de la discoteca Privilege en el periodo 2014-2017

Para ello toma en comparación alquileres de mercado de otras dos discotecas ("AMNESIA" y "SPACE", después denominada "HÍ IBIZA") que se consideran rentas comparables al (i) estar situadas en la misma isla; (ii) tener el mismo modelo de negocio y público objetivo y (iii) desarrollar su actividad en el mismo periodo de tiempo (junio a septiembre). Fijada la media ponderada de estas dos discotecas, se multiplica por el aforo de la discoteca Privilege (4.000 clientes), que se identifica como el factor principal y determinante de la renta a abonar, a lo que añade el prestigio, lo que proporciona la renta teórica para cada año (1.043.480 € para el año 2014, 1.118.640 € para el año 2015, 1.038.200 € para el año 2016 y 1.769.760 € para el año 2017). Cotejada esa renta con los importes percibida en esos ejercicios (162.476 €, 165.078 €, 164.913 € y 166.727 €) resultan unas diferencias de 4.310.886 € que se estima que la sociedad ha dejado de obtener; perjuicios que se actualizan aplicando el interés legal del dinero.

En cambio, el informe de los demandados, al margen de analizar profusamente la posición e intereses de la actora BAHIA DE SAN ANTONIO, socia minoritaria de BALTANXA, englobada en el grupo empresarial vinculado a la familia Celso, así como la estrategia expansionista de este para controlar el negocio del ocio nocturno en Ibiza, afirma que no se ha producido daños a los socios por los Sres. Maximino Matías y dedica su última parte (sección 9, folios 73 a 97 y en sus conclusiones, folios 103-109) a criticar el informe de la actora

En cuanto a la ausencia de daño, en las conclusiones (folios 100-102 del informe) no entiende como lógico reclamar en una situación de conflicto un valor de renta de mercado, máxime cuando el reclamante es parte directa del conflicto, precisamente como desalineación de los intereses que este tiene respecto al control de Privilege, y en cambio, entiende que sí puede ser considerado como valor de mercado el valor intrínseco (incremento del valor de la acción o de sus activos), que rondaría los 100 millones de euros y que supone que la inversión inicial de la actora se habría visto incrementada en 112,5 veces su valor inicial desde 1992 a 2019, fruto de la actuación diligente de los Sres. Matías Maximino.

Lo que no aporta es una estimación alternativa de cuál podría ser el precio medio de mercado de arrendamiento de discotecas de condiciones análogas a las de Privilege, si bien admite al tratar de los perjuicios a los accionistas de BALTANXA por CAFECER (sección 8, folio 54 y ss.) que *"es completamente posible que el valor de una renta de mercado para la local propiedad de Baltanxa sea sustancialmente superior al que se da actualmente"*, pero considera que no es lógico que una de las partes directamente envueltas en el conflicto reclame una renta de mercado cuando dicha renta de mercado no se materializa precisamente por la situación de conflicto

7. En nuestro sistema procesal la valoración de prueba pericial está sujeta a las reglas de la sana crítica (artículo 348 LEC). La STS 649/2016, de 3 de noviembre recoge los criterios compilados en la STS 702/2015, de 15 de diciembre, según la cual el Tribunal, al valorar el dictamen de peritos deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

1°. -Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1.994.

2°. -Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1.989.

3°. -Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1.995.

4°. -También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1.997.

La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

1º. -Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en tomo al resultado del dictamen pericial STS 17 de junio de 1.996 .

2º.-Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996 .

3º. -Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1.991 .

4º. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

5º. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS 11 de abril de 1.998 .

6º.- Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS 13 de julio de 1995 .

7º. Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes lleven al absurdo: STS 15 de julio de 1.988."

8. Tras el examen del material probatorio, anticipamos ya que no compartimos el resultado valorativo de la sentencia de instancia por las razones siguientes:

8.1 En primer lugar, debemos partir de la realidad enjuiciada, y esta no es otra que la existencia de un contrato de arrendamiento de 2010 ya declarado lesivo por resolución firme por el periodo 2010-2013, que sigue desplegando efectos hasta 2017.

Lo que se trata de determinar es si ese contrato de arrendamiento de industria ha generado daños a la sociedad arrendadora (BALTANXA) por no ajustarse su importe a la renta de mercado en el periodo 2014-2017, no si los activos de BALTANXA desde su constitución en 1992 a 2019 se han revalorizado, por lo que ese dato es inane y supone desenfocar la cuestión aquí relevante.

Igual ocurre con el argumento de que la gestión externalizada de la discoteca, aun proporcionando un nivel de ingresos insuficientes, puede ser una alternativa aceptable frente a la explotación directa. Ello no solo no es objeto de discusión, sino que, en todo caso, lo que no es admisible es que si se opta por esa gestión externalizada se haga por precio totalmente alejado del de mercado. Por ello resulta fútil la invocación en la oposición al recurso de los resultados de la sociedad en 2018 cuando recobra la gestión directa

8.2 En segundo lugar, el precedente judicial firme acredita la existencia de unos daños considerables en el periodo 2010-2013 por ser las rentas convenidas sensiblemente inferiores a las de mercado, y aquí no se acredita que en el lapso temporal inmediatamente subsiguiente (2014-2017) se haya producido un cambio radical de las circunstancias del mercado que justifique ahora la negación de los daños.

Aunque en el dictamen de los demandados, al tratar de la evolución del ocio nocturno en Ibiza, se hace referencia a "nuevos actores en el mercado" para referirse a la proliferación de fiestas en los hoteles, lo cierto es que son referencias sin la concreción precisa, y, en todo caso no parece que sea algo ex novo en el periodo aquí enjuiciado, pues una de las reseñas de uno de los hoteles más renombrados según el informe pericial es de 2011. Es más, las gráficas incluidas en ese dictamen lo que muestran es una evolución al alza del número de visitantes y del nivel de gastos por visitante en el periodo enjuiciado

8.3 En tercer lugar, el único dictamen que se pronuncia sobre la cuestión relevante es el informe de la demandante, sin que el de los demandados aporte una estimación alternativa, no obstante admitir que es completamente posible que el valor de una renta de mercado para ese local sea sustancialmente superior al abonado, esto es, al convenido

Podemos admitir que la renta por el arrendamiento de un negocio (aquí, una discoteca) no depende únicamente de su aforo, y que es posible combinarlo con otros como apunta la sentencia: ubicación, nivel económico de la clientela, nivel de precios de los servicios prestados y recaudación, coste del mantenimiento de las instalaciones, etc. Pero ello no habilita, sin más, a prescindir del dictamen pericial de la actora.

El dictamen pericial, al tomar en consideración las rentas de otras concretas discotecas, lo hace porque responden al mismo modelo de negocio y público objetivo, por lo que algunos de esos factores están presentes. Y ante negocios objetivamente comparables, es evidente que el factor del aforo es relevante, pues es evidente que, a más aforo, más capacidad de generar ingresos , además de ser un elemento mensurable y cuantificable , sin que en el informe pericial de los demandados se identifique y cuantifique otros factores



para fijar la renta de mercado, salvo menciones genéricas (folio 75), recordando que se limita en el particular relevante a realizar un contrainforme, sin aportar una estimación alternativa de la renta de mercado de ese tipo de negocio

8.4 En cuarto lugar, tampoco lo que denomina la sentencia "puntos débiles adicionales" del informe de la actora, puestos de manifiesto en el informe de los demandados, y que se vienen a invocar como motivo de refuerzo, son de tal entidad que justifiquen la decisión de prescindir absolutamente de la única estimación de los daños obrante en autos. Al respecto de estas debilidades realizaremos las siguientes consideraciones.

(1º) La queja de que el informe parte de datos no contrastados acerca del aforo de las discotecas tomadas en consideración y en concreto que la de Privilege no sería de 4.000 personas, sino de 10.000 personas según STATISTA, no es asumible por lo siguiente: (i) se trata de datos fácticos que no son cuestionados en las contestaciones, de modo que pueden ser tenidos como admitidos (art 405 LEC) ; (ii) que el aforo de Privilege es de 4.000 personas fue fijado como hecho probado en el primer procedimiento de responsabilidad social, según se recoge en la sentencia de instancia, y no consta que haya sido ampliado; (iii) la facilidad para acreditar el aforo de Privilege la tienen los demandados, al tener disponibilidad de las fuentes de prueba (licencia de actividad) ; (iv) se ignora qué fiabilidad tiene esa fuente de información (Statista) o el Libro Guinness de los Récords, al que acude también la pericial de los demandados y (v) la afirmación de que una de las discotecas de contraste (Amnesia) tiene una "capacidad de aforo anunciada" de 5.000 personas choca con lo declarado probado en la sentencia del primer procedimiento, que se aceptó que el aforo legal de esta discoteca comparable era inferior a 4.000 personas, sin que se haya propuesto prueba alguna dirigida a comprobar que después de 2013 se incrementó a 5.000 personas, ratificándose el perito en que los datos públicos fueron los utilizados en el anterior informe y comprobados a posteriori

(2º) La ausencia en el informe de datos de algunas de las discotecas más representativas de la isla como Pachá no es concluyente, ya que no consta que su inclusión suponga una alteración del resultado en perjuicio de los demandados. El perito de la actora lo que viene a referir es que rebajaba ligeramente el cálculo de la renta de mercado y ello no es contradictorio

Por otra parte, ninguna relevancia tiene, atendida la naturaleza económica del informe, que el perito haya estado o no en las discotecas comparables, y sobre el factor de la ubicación, ya hemos dicho que puede ser un factor a ponderar en la determinación de la renta, pero sin que ello habilita a prescindir del informe porque se centre en el aforo

(3º) El error en el cálculo del perjuicio imputado al informe, por partir exclusivamente de las rentas dejadas de percibir, sin ponderar la revaloración de los activos de la sociedad, que ha supuesto que el socio actor haya visto multiplicado por 112,5 el valor de su inversión es inatendible, como hemos anticipado (apartado 8.1 al que nos remitimos).

Se desenfoca la cuestión, ya que, como incide el recurso, aquí lo que se trata de determinar son los daños a la sociedad (BALTANXA) por ese contrato durante ese periodo 2014-2017 por la diferencia de valor entre la renta percibida y la que se podría haber percibido, no si los activos sociales se han revalorizado desde 1992, por lo que resulta fútil a los efectos de este procedimiento si ha habido ofertas de compra de los mismos

(4º) Se achaca que el informe de la actora omite los compromisos asumidos por el arrendatario de la discoteca concernientes a la compraventa de equipos y mejora de las instalaciones, que representan un valor situado entre los 5,06 y los 6,8 millones de euros (según informe de un estudio de arquitectura, al que se remite el informe de los demandados)

Parece inferirse que se considera ello como mejora de la renta pagaba por la arrendataria, pero resulta inatendible cuando se trata de una venta de activos que afirma CAFECER que le pertenecen (equipos de música, sonido, luces, etc.) y que BALTANXA decide adquirir por un acuerdo social de la junta general de 13 de junio de 2019, de modo que es esta última la que se obliga a pagar 6 millones de euros a CAFECER (anterior arrendataria) por esos activos (doc. nº 41 y 42 de la demandante aportados en el juicio) .

(5º) La falta de fiabilidad de las rentas de referencia de las otras dos discotecas tomadas en consideración para fijar la renta de mercado tampoco es asumible ya que : (i) respecto de una de las utilizadas como comparable (Amnesia) no hay dato alguno que permita afirmar que sea titularidad o esté explotada por sociedad vinculada a la sociedad actora y (ii) en cuanto a la otra discoteca comparable (Space, ahora Hi Ibiza, titularidad de Fiesta Hotels & Resorts S.L), aun dando por buena la hipótesis de que la arrendadora sea una sociedad vinculada, lo que no consta es que la renta que figura en las cuentas anuales no sea de mercado, ya que ello hubiera supuesto una salvedad en el informe de auditoría



(6º) La ausencia de credibilidad de las ofertas de terceros interesados en arrendar Privilege (Grupo Cursach Ocio y Sr. Santiago) resulta inane, ya que el informe pericial de la actora no se basa en las ofertas de arrendamiento de terceros para valorar la renta de mercado.

Huelga por ello el excurso de la apelante acerca de que dichas ofertas fueran consideradas por las sentencias de Palma de Mallorca como merecedoras de ser consideradas como buenas alternativas y creíbles

(7º) Finalmente, la última merma es de orden subjetivo, afectante a la imparcialidad de los autores del informe pericial, pues se dice que su autora es Ernst & Young, que es al mismo tiempo auditora de Suministros Ibiza, S.A., matriz de la socia actora (al ser titular del 99,9% del capital social de Bahía de San Antonio)

En el recurso se alega que los peritos que elaboran el dictamen forman parte de una compañía (EY Forensic) que es distinta e independiente de la sociedad que audita las cuentas a Suministros Ibiza y que nadie ha denunciado la infracción de la Ley de Auditoría.

Esa distinción ciertamente no se sostiene, pues en el propio dictamen de la actora, en su presentación, los peritos se identifican como miembros del Departamento de Forensic de Ernst & Young SL, y designan el domicilio de esta sociedad a efectos de notificaciones

Ahora bien, al margen de la legislación de auditorías cuyo control corresponde a otras instancias, desde la óptica procesal si lo que viene con ello es a tacharse a los peritos por tratarse de una circunstancia que les haga desmerecer en el concepto profesional, el art 343 LE3C imponía verificarla en la audiencia previa y ello ni se aduce

9. Podemos, pues, concluir, sin género de duda, que la renta pactada en el contrato de arrendamiento de industria de la discoteca Prestige de 2010 no se ajustaba a la de mercado. Aunque no consta su firmeza, es un dato que viene a corroborarlo el que AEAT haya sancionado a BALTANXA en 1.360.660,54€ por comprobación del precio de mercado de la operación vinculada por el arrendamiento del periodo 2011-2014, según recoge la cuenta del ejercicio 2018 (doc. n º40 aportado en el juicio)

10. Aunque como toda valoración de un activo (aquí, la renta de mercado de un arrendamiento de discoteca) no deja de ser una estimación aproximada, no apreciamos motivos de peso para desechar la propuesta por la parte actora, que utiliza un método de comparación con otras discotecas, que, aunque evidentemente no son iguales, no se cuestiona que reúnan todas ellas características que las hacen comparables, siendo el factor del aforo un criterio objetivo y cuantificable a estos efectos

Si a ello le unimos que se trata de un método validado en previos precedentes judiciales y la ausencia de estimación alternativa, la conclusión no puede ser otra que estimar que por el periodo 2014-2017 el contrato resultó lesivo para la sociedad en la suma de 4.310.886€, diferencia entre la renta de mercado estimada y la abonada por el arrendatario; suma que actualizada on el interés legal arroja una cifra final de 4.551.876€

SÉPTIMO. Recapitulación

1. Dado que no es controvertido que la firma por Matías del contrato de arrendamiento en 2010 constituye un ilícito orgánico causante de daños a la sociedad, al constituir cosa juzgada positiva, debe responder de los daños originados por dicho contrato mientras ha seguido estando en vigor; esto es, también de los que cristalizan en el periodo 2014 a 2017 (aunque no fuera ya administrador), según lo razonado en el fundamento cuarto al que nos remitimos, daños que se estiman en 4.551.876 € , con los intereses que se devenguen desde la fecha de interposición de la demanda ex artículos 1.108 y 1.109 del CC, así como los intereses legales que se devenguen desde sentencia con arreglo al artículo 576 de la LEC

Al resultar el único responsable, decae la discusión sobre la naturaleza solidaria en la que se enfrasca el juzgado y las partes

2.No obsta a esta conclusión las alegaciones defensivas vertidas en la oposición.

Como ya hemos razonado, el que Matías no sea administrador en el periodo 2014-2017 no le libera de responsabilidad por su previa actuación derivado con la firma del contrato con CAFECER, que da lugar a unos daños en el patrimonio de Baltanxa que no se agotan en 2013, sino que continúan en el periodo 2014-2017 (alegaciones primera y segunda) , recordando que las excepciones de preclusión y cosa juzga negativa fueron desestimadas en la instancia y , al no impugnarse, dicha desestimación deviene firme

Por otra parte, carece de eficacia enervante de su responsabilidad la invocación en la alegación tercera de la doctrina de los actos propios, sin que sea objeto de este litigio determinar el valor de las acciones de BALTANXA, por lo que, si se utiliza o no el contrato de arrendamiento a tales efectos a valorar las acciones de la compañía, resulta aquí irrelevante



Al no apreciarse la pluralidad de responsables, la alegación cuarta sobre el indebido planteamiento de la responsabilidad solidaria ya hemos visto que pierde sentido

Finalmente, el que recurso sea extenso, y a su entender contradictorio y carente de fundamento, no es motivo de oposición, pues, aunque venga a duplicar la extensión recomendada en el acuerdo adoptado en la Junta Sectorial de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid el 19.09.2019 ello ni es causa de inadmisión ni genera indefensión, como se dice de contrario

OCTAVO. - Costas

1.La estimación parcial del recurso de apelación conlleva que no proceda la imposición de costas originadas en esta alzada a la apelante (artículo 398 LEC)

2.En cuanto a las costas de la instancia, al no impugnarse la apreciación de serias dudas, no cabe alterar dicho pronunciamiento, al margen de que compartimos dicha apreciación

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

1. Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por BAHÍA DE SAN ANTONIO, S.A contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2021 dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid, que revocamos parcialmente, sin imposición de las costas originadas en esta alzada

2. Debemos estimar la demanda formulada contra D. Matías y, en consecuencia, debemos condenarle a indemnizar a BALTANXA SA por los daños y perjuicios a ella causados en la suma de 4.551.876 € ,con los intereses que se devenguen desde la fecha de interposición de la demanda, incrementados en dos puntos desde la fecha de sentencia, con confirmación del resto de pronunciamientos

Procede la devolución del depósito consignado para recurrir

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.